

au juge au regard de mesures d'ordre intérieur ou d'actes de gouvernement n'a donc pas terminé de susciter l'attention du juriste... et du justiciable.

*« Les litiges justiciables en droit suisse
à l'aune de la reconnaissance constitutionnelle
du droit d'accès au juge »*

PASCAL MAHON, PROFESSEUR, UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

Le droit suisse connaît depuis quelques années une nouvelle garantie fondamentale, de rang constitutionnel, qui reconnaît à tout individu un droit d'accès au juge en principe pour tout litige.

La présente contribution a pour but d'explorer ce nouveau droit fondamental, ainsi que d'examiner quels ont été les effets et les conséquences de cette constitutionnalisation du droit d'accès au juge, notamment en termes de définition des litiges justiciables, tant à travers la concrétisation législative de ce droit qu'à travers la jurisprudence.

On exposera ainsi, dans la première partie, la genèse et les objectifs du droit constitutionnel d'« accès au juge », en examinant notamment le contexte dans lequel il est né, puis en analysant son sens et son contenu. Dans la seconde partie, on cherchera à montrer sa concrétisation – ainsi que celle de ses exceptions – par le législateur, fédéral et cantonal, et à déceler ses implications dans la définition et la délimitation des litiges justiciables, à l'aune de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral depuis l'entrée en vigueur de ce nouveau droit.

I. – LA RECONNAISSANCE CONSTITUTIONNELLE D'UN DROIT
D'« ACCÈS AU JUGE »

A) *La genèse et les objectifs du nouvel article 29a
de la Constitution fédérale*

1) *Le contexte de la révision totale de la Constitution et de
la « réforme de la justice »*

La Suisse s'est donné, récemment, une nouvelle Constitution fédérale. Fruit d'une révision totale de la Constitution précédente, celle de 1874, cette nouvelle Constitution a été adoptée à la double majorité du peuple et des cantons suisses lors du référendum du 18 avril 1999 et

elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000. La révision totale de la Constitution avait pour but, principalement, non pas de modifier de fond en comble l'ordre constitutionnel du pays, en réformant ses institutions ou en remodelant l'équilibre des pouvoirs, mais, bien plus modestement, de « mettre à jour » le droit constitutionnel existant, pour reprendre l'expression consacrée (51), c'est-à-dire de réécrire le droit constitutionnel suisse dans un langage plus moderne, de le rendre plus lisible et transparent, de lui redonner une systématique – que les nombreuses révisions partielles de la Constitution de 1874 (plus de 150 révisions) lui avaient fait perdre – et d'explicitier les règles qui résultaient auparavant du droit constitutionnel non écrit (notamment les droits fondamentaux que le Tribunal fédéral avait reconnus). L'entreprise de « mise à jour » devait même éviter, par crainte d'un échec politique, toute réforme matérielle, de contenu ; elle devait être politiquement neutre, en quelque sorte, se bornant à réécrire autrement ce qui existait déjà, sans innover.

Toutefois, dans certains domaines spécifiques, où des réformes de fond semblaient à la fois nécessaires, ou du moins opportunes, et surtout susceptibles de rallier un consensus politique, le Gouvernement suisse avait proposé, en parallèle à l'entreprise de « mise à jour » du texte constitutionnel, l'un ou l'autre « paquet de réformes partielles » de la Constitution, paquets qui pouvaient ainsi s'ajouter à la révision totale. Tel était notamment le cas d'un projet de « réforme de la justice », projet qui visait à introduire, dans le domaine de l'organisation judiciaire, quelques innovations de fond d'une certaine importance. Adoptée par le Parlement, cette « réforme de la justice » a été avalisée en référendum par le souverain, c'est-à-dire le peuple et les cantons suisses, en date du 12 mars 2000 (52), et elle est donc venue se greffer sur la nouvelle Constitution fédérale à peine entrée en vigueur. Compte tenu des divers travaux législatifs nécessaires à sa concrétisation, la « réforme de la justice » est pleinement entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

C'est à la même date, et dans ce contexte de révisions constitutionnelles quelque peu particulier, qu'est entré en vigueur le nouvel article 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, disposition qui, sous l'intitulé « Garantie de l'accès au juge » (« Rechtsweggarantie »

(51) Sur la notion et l'idée de « mise à jour » (« Nachführung ») de la Constitution fédérale, voir notamment le message explicatif du Gouvernement suisse, le Conseil fédéral, *message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, du 20 novembre 1996, *Feuille fédérale* (ci-après : FF) 1997 I 1, spécialement pp. 11-116.

(52) L'arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice, adopté par les Chambres fédérales le 8 octobre 1999 (FF 1999 7831), a été accepté, le 12 mars 2000, par le peuple, par 1 610 000 oui contre 254 000 non, et par tous les cantons (FF 2000 2814).

en allemand, « *Garanzia della via giudiziaria* » en italien), a la teneur suivante : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels » (53).

La disposition, qui figure dans le catalogue des droits fondamentaux de la nouvelle Constitution, concrétise ainsi, comme l'admettent tant les autorités que la doctrine juridique, la constitutionnalisation d'un « droit au juge », ou d'un « droit d'accès au juge », comme (nouveau) droit fondamental des particuliers (54). Mais, au-delà de cette nature de droit fondamental, sur laquelle on reviendra, l'introduction de l'article 29a poursuivait un autre but, qui était de donner une réponse *nationale* à la question de savoir dans quel cas, ou pour quel litige, une procédure doit se dérouler devant une autorité judiciaire.

2) *Le rôle de l'article 29a de la Constitution*

Jusque-là, en effet, le droit interne suisse ne donnait pas de réponse à cette question, réponse qui devait être recherchée dans le droit international.

Les articles 29 à 32 de la nouvelle Constitution fédérale « mise à jour » codifiaient, au titre des droits fondamentaux des particuliers, toute une série de garanties de procédure, en distinguant les garanties *générales* de procédure (art. 29), applicables en principe à toute procédure, des garanties de procédure *judiciaire* (art. 30), applicables aux seules procédures qui devaient se dérouler devant une autorité judiciaire, un juge, ainsi que des garanties en cas de *privation de liberté* (art. 31) et des garanties de procédure *pénale* (art. 32). Toutefois, si elle distinguait ainsi les garanties *générales* de procédure, d'un côté, et les garanties de procédure *judiciaire*, de l'autre, la Constitution révisée en 1999 ne répondait pas à la question de savoir si et quand une procédure devait être judiciaire : l'article 30 dispose en effet que « [t]oute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant

(53) En allemand : « Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefälle ausschliessen » ; en italien : « Nelle controversie giuridiche ognuno ha diritto al giudizio da parte di un'autorità giudiziaria. In casi eccezionali, la Confederazione e i Cantoni possono escludere per legge la via giudiziaria ».

(54) Voir notamment A. BENOIT, « La garantie de l'accès au juge : l'art. 29a Cst. et ses répercussions sur la révision de l'organisation judiciaire fédérale », in S. BESSON, M. HOTTELIER et F. WERRO (éd.), *Les droits de l'homme au centre / Human Rights at the Center*, Enseignements de 3^e cycle de droit 2005, Genève/Zurich/Bâle, 2006, pp. 159-187, spécialement 159 et 170.

et impartial ». Autrement dit, la Constitution, dans sa version révisée de 1999, disait ce que doit être – ou ne doit pas être – un tribunal, mais elle ne disait pas dans quel cas une procédure doit se dérouler devant une telle autorité judiciaire (55). Cela tout simplement parce que la réponse à cette question dépendait essentiellement, à l'époque, en droit suisse, du droit international, plus précisément de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : la Convention ou CEDH). Selon cette disposition, relevaient d'une procédure judiciaire, du droit au juge, toutes les « contestations sur [d]es droits et obligations de caractère civil » ainsi que sur le « bien-fondé de toute accusation en matière pénale ». Or, ces notions – notamment celle de « droits et obligations de caractère civil » –, notions autonomes du droit de la Convention, ne se recouvraient pas exactement avec les concepts correspondants du droit interne suisse, ceux du « droit civil » et du « droit pénal », mais étaient au contraire plus larges, englobant à maints égards des matières qui, en droit interne, relevaient du droit administratif. Tel était le cas, par exemple, des sanctions disciplinaires infligées aux membres de certaines professions libérales (avocats, notaires) ou de certaines atteintes au droit de propriété (expropriation), ou encore de certains aspects du droit de la fonction publique (56).

C'est donc pour donner une réponse à la fois nationale, plus précise et plus étendue à cette question du champ d'application des procédures judiciaires et du droit au juge qu'a été introduit le nouvel article 29a de la Constitution, dans l'idée de garantir l'accès à une autorité judiciaire en principe pour toutes les contestations – et non plus seulement pour celles portant sur des « droits et obligations de caractère civil » ou le « bien-fondé de toute accusation en matière pénale » (57).

B) *Le contenu et le sens de la norme constitutionnelle garantissant l'accès au juge*

1) *L'élargissement ou la généralisation du droit au juge*

Sur le fond, en constitutionnalisant une nouvelle garantie d'« accès au juge » pour – en principe – toutes les contestations

(55) Voir P. MAHON, in J.-F. AUBERT et P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Genève/Zurich/Bâle, 2003, ad « Remarques liminaires aux articles 29 à 32 », n° 3-5, pp. 262-263.

(56) Voir, pour ces exemples, et d'autres, A. BENOIT, précitée (note 54), pp. 161-164.

(57) Sur toute cette problématique, et cette motivation de l'introduction du nouvel article 29a, voir P. MAHON, précité (note 55), ad « Remarques liminaires aux articles 29 à 32 », n° 3-5, pp. 262-263, ainsi qu'ad art. 29a, n° 1-3, pp. 274-276.

juridiques, l'article 29a de la Constitution fédérale visait à assurer, comme le disait le Gouvernement, « une protection judiciaire générale contre les actes de l'administration » (58). L'idée était donc d'élargir le droit au juge, voire même de le généraliser, en garantissant une voie de recours au juge dans les domaines où un tel recours n'existait pas auparavant, c'est-à-dire pour tous les litiges qui, antérieurement, relevaient d'une autorité administrative – et non judiciaire –, qui tranchait définitivement ou, du moins, dont la décision ne pouvait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel complet (59).

La première phrase de la disposition, qui est relativement claire, pose le principe : elle garantit à toute personne un droit à ce que sa cause – quelle que soit cette cause – soit jugée par une autorité judiciaire. Elle garantit en d'autres termes un droit d'accès à un juge (en principe) pour toutes les contestations juridiques (le texte allemand utilise, plutôt que « cause », le terme de « Rechtsstreitigkeiten », soit « contestation » ou « litige » juridique). Le champ d'application de la garantie est donc général et s'étend à toutes les contestations juridiques, non plus seulement en matière civile et pénale, mais aussi en matière administrative (60).

Il est cependant généralement admis que la garantie de l'accès au juge n'exige pas que soit prévue une voie juridictionnelle de contrôle abstrait des normes (61).

Par ailleurs, toujours selon les commentaires, la disposition constitutionnelle ne définit pas non plus ce qu'est une « contestation juridique ». Cela signifie qu'il appartient toujours au législateur de déterminer et de délimiter les litiges et conflits susceptibles d'ouvrir un accès au juge, notamment par la définition de l'objet des recours. Ainsi, il a été précisé lors des travaux préparatoires de la « réforme de la justice » que le nouvel article 29a ne saurait avoir pour effet d'impliquer que *tous* les actes matériels de l'administration – comme la pose de « gendarmes couchés » par exemple – constitueraient désormais des « contestations »

(58) Message explicatif précité (note 51), FF 1997 I 1, spécialement pp. 511-512.

(59) Voir notamment ATF 130 I 312, 327, A. SA et consorts contre Conseil fédéral, du 2 juillet 2004 ; P. MAHON, précité (note 55), ad art. 29a, n° 5, p. 276 ; A. BENOIT, précitée (note 54), pp. 169-170.

(60) A. BENOIT, précitée (note 54), p. 169.

(61) Message explicatif précité (note 51), FF 1997 I 1, spécialement p. 530 ; voir aussi A. BENOIT, précitée (note 54), p. 171, ainsi que A. KLEY, in B. EHRENZELLER et al. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar* (St. Galler Kommentar – Commentaire saint-gallois), 2^e édition, Zürich/Saint-Gall, 2007, ad art. 29a, n° 13, p. 608.

ouvrant la voie du recours au juge (62). En doctrine, l'interprétation de cette précision est discutée et la question est ainsi controversée de savoir si l'article 29a exclut tous les actes matériels du champ d'application du droit au juge, ou certains d'entre eux seulement (63). Quoi qu'il en soit, cependant, le législateur fédéral a, dans le cadre de la réforme de la justice, créé une voie spéciale pour la contestation de ce genre d'actes : le nouvel article 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) (64), introduit lors de cette réforme (65), prévoit en effet, sous l'intitulé « Décision relative à des actes matériels », que « [t]oute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations : a) s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque ; b) élimine les conséquences d'actes illicites ; c) constate l'illicéité de tels actes » ; l'alinéa 2 précise que « [l']autorité statue par décision ». Par ce biais, le législateur a donc permis la contestation devant un juge, en droit administratif fédéral, des actes matériels de l'administration, pour autant que ces actes touchent des droits et obligations des particuliers (66).

Pour revenir à la signification de l'article 29a de la Constitution, on précisera encore que, par autorité judiciaire, au sens de ce « droit au juge », il faut entendre l'accès à un juge ou à une autorité équivalente qui présente des garanties d'indépendance et d'impartialité spécifiques et qui possède un plein pouvoir de cognition tant en ce qui concerne l'appréciation des faits que l'examen du droit (67).

(62) Voir notamment à ce propos les explications du rapporteur de la commission du Conseil des États, dans le Bulletin officiel du Conseil des États (BO CE), 1998 256-257 (M. Wicki).

(63) Sur la question du sens de cette précision, et la controverse, voir aussi A. KLEY, précité (note 61), ad art. 29a, n° 12, pp. 607-608, avec d'autres références ; l'auteur estime que tous les actes matériels ne sont pas exclus du droit d'accès ; seuls le sont ceux qui ne portent pas atteinte à des positions juridiques dignes de protection (« schützenswerte Rechtspositionen ») des particuliers. Le message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, du 28 février 2001, FF 2001 4000, spécialement 4184, à propos de l'article 27 du projet de loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), définissait les « objets susceptibles de recours » auprès de ce Tribunal et en excluait les actes purement matériels (« Realakte »).

(64) Loi du 20 décembre 1968 (Recueil systématique [RS] 172.021).

(65) L'article 25a a été introduit par la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007 (RO 2006 2197, sur la loi sur le Tribunal administratif, voir plus bas, dans le texte).

(66) Voir, pour une première précision de la jurisprudence à ce propos, ATF 136 V 156, 159-160, N. gegen IV-Stelle des Kantons Thurgau, du 22 avril 2010, où le Tribunal fédéral a jugé qu'une telle condition n'est pas remplie lorsque la personne en cause peut faire valoir son droit à une protection juridique contre l'acte matériel à un stade ultérieur de la procédure, à moins qu'un report du contrôle juridictionnel ne lui cause un dommage irréparable.

(67) Voir A. KLEY, précité (note 61), ad art. 29a, n° 1, p. 605, 11, p. 607, et 15, p. 609. Le Tribunal fédéral a précisé dans des arrêts récents que la garantie du droit au juge n'exige pas que ce juge ait un pouvoir d'examen étendu au contrôle de l'opportunité de l'acte attaqué et

L'article 29a ne précise cependant pas à quel moment de la procédure l'accès au juge doit être accordé, ce qui signifie que l'élargissement de la protection judiciaire ne doit pas nécessairement être concrétisé par un recours auprès du juge supérieur, le Tribunal fédéral, le « droit au juge » pouvant être concrétisé par un juge d'une instance inférieure (68). Il faut donc – et il suffit – que la cause puisse être portée au moins une fois au cours de la procédure devant une autorité judiciaire possédant un plein pouvoir d'examen (69).

2) Les exceptions possibles

Le principe de l'accès au juge garanti par l'article 29a n'est pas absolu, comme cela ressort de la seconde phrase de la disposition constitutionnelle elle-même. Celle-ci permet en effet à la Confédération et aux cantons d'exclure un tel accès au juge, cela sous deux limites. D'une part, l'exclusion doit être le fait de la loi, formelle, c'est-à-dire qu'elle doit émaner du législateur formel, lequel est, en Suisse, le Parlement certes, mais avec l'accord, au moins implicite, du peuple, à travers l'institution du référendum (70). À cette première condition de forme s'ajoute une limite matérielle : l'exclusion du droit d'accès au juge ne doit être prévue par le législateur, fédéral ou cantonal, que « dans des cas exceptionnels ». Selon les travaux préparatoires, cette limite visait à exclure le droit d'accès au juge uniquement pour les décisions qui sont peu ou difficilement « justiciables », comme les « actes gouvernementaux qui soulèvent essentiellement des questions politiques », ainsi que les actes qui, en raison des principes de la séparation des pouvoirs ou de la démocratie (directe), se prêtent mal à un contrôle par le juge (par exemple les actes d'un Parlement soumis à référendum) (71). On reviendra plus en détail sur cette question dans la seconde partie. Il est clair cependant qu'il ne saurait y avoir d'exclusion du droit d'accès au juge là où ce droit est

qu'elle suppose que le juge respecte le pouvoir d'appréciation que la loi laisse à l'autorité administrative, mais que cette garantie interdit par contre au juge de limiter spontanément son pouvoir d'examen au seul contrôle de l'arbitraire : ATF 137 I 235, 239-240, *Einwohnergemeinde Erlinsbach gegen A.X. und Mitb. sowie Regierungsrat des Kantons Aargau*, du 13 avril 2011, et arrêt non publié 1C_156/2011, *X. AG und Y. gegen Ehepaar Z.*, du 15 juillet 2011, consid. 2.3.

(68) A. KLEY, précité (note 61), ad art. 29a, n° 15, p. 609, et 17, p. 610.

(69) A. BENOIT, précitée (note 54), p. 164.

(70) Pour les lois, le référendum est facultatif au plan fédéral et dans la plupart des cantons – ce qui signifie que le vote doit être organisé si le référendum est valablement demandé contre la loi par la proportion de citoyennes et citoyens déterminée par l'ordre juridique en question (50 000 signatures pour le droit fédéral) –, et obligatoire dans quelques cantons.

(71) Message explicatif précité (note 51), FF 1997 I 1, spécialement p. 531.

requis et imposé par le droit international, spécialement par l'article 6 CEDH (72).

Sous cette réserve, c'est donc à la loi, fédérale ou cantonale, qu'il appartenait de concrétiser la garantie de ce nouveau droit d'accès au juge, mais aussi d'en fixer les limites, à travers son exclusion « dans des cas exceptionnels ».

II. – LA CONCRÉTISATION DU DROIT D'ACCÈS AU JUGE ET LA DÉLIMITATION DES LITIGES JUSTICIABLES

A) *La concrétisation de la garantie en droit fédéral*

1) *La concrétisation du droit d'accès*

Cette concrétisation du droit d'accès au juge a été réalisée, au niveau du droit fédéral, à travers la révision totale de ce qu'on appelait l'organisation judiciaire fédérale, avec, à la clé, l'adoption de plusieurs nouvelles lois, en particulier la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), du 17 juin 2005 (73), la loi sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF), du 4 octobre 2002 (74) – laquelle a dans l'intervalle été remplacée par la nouvelle loi, du 19 mars 2010, sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP) (75) –, et la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAf), du 17 juin 2005 (76).

Dans ce contexte, la concrétisation du droit d'accès est intervenue principalement par la création de deux nouveaux tribunaux fédéraux de première instance, le Tribunal pénal fédéral et, surtout, le Tribunal administratif fédéral. C'est donc essentiellement à travers cette nouvelle institution de la juridiction administrative de première instance, dotée d'une compétence générale en matière de contrôle de l'application du droit administratif fédéral par des autorités administratives de la Confédération (77), qu'a été introduite et concrétisée en droit fédéral la garantie de l'accès au juge, et non pas par le

(72) A. BENOFF, précitée (note 54), p. 175.

(73) Recueil systématique (RS) 173.110 (loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007).

(74) Recueil officiel (RO) 2003, 2133 (loi entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004).

(75) Recueil systématique (RS) 173.71 (loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011).

(76) Recueil systématique (RS) 173.32 (loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007).

(77) Il faut préciser qu'en Suisse, en vertu de ce qu'on appelle le fédéralisme d'exécution, le droit administratif fédéral n'est pas toujours mis en œuvre et appliqué par des autorités (administratives) fédérales, mais souvent il l'est par les autorités (administratives) des cantons. Dans ce cas, le contentieux administratif se déroule d'abord, en première instance, devant les tribunaux administratifs des cantons (lesquels assurent alors la garantie d'accès au juge).

Tribunal fédéral, dont le pouvoir d'examen est le plus souvent limité en ce qui concerne l'appréciation des faits (78). La création de ces nouveaux tribunaux fédéraux de première instance, prévue par la Constitution dans sa version selon la « réforme de la justice » (79), avait en effet pour but, à côté de celui de garantir le droit d'accès au juge, de décharger le Tribunal fédéral. Avec l'institution d'une instance *judiciaire* préalable à celui-ci, « le constituant partait de l'idée que les justiciables seraient moins tentés de recourir à l'instance supérieure ; et que, même si un recours au Tribunal fédéral était introduit, celui-ci disposerait d'un état de fait éclairci par l'autorité judiciaire précédente » (80). Par ailleurs, l'idée était aussi que « l'existence d'instances judiciaires inférieures au Tribunal fédéral permettrait de rendre acceptables des restrictions d'accès à ce dernier » (81). La loi sur le Tribunal administratif fédéral garantit ainsi un droit d'accès général au juge, en matière administrative, en prévoyant que le recours à ce tribunal, qui dispose d'un plein pouvoir d'examen en droit et en fait (82), est ouvert en principe contre toutes les décisions des autorités et unités de l'administration fédérale, au sens large, et ce dans les divers domaines du droit administratif fédéral (83). Les jugements du Tribunal administratif fédéral peuvent pour leur part être portés en principe, par la voie du recours en matière de droit public, au Tribunal fédéral, lequel fait donc office de juge administratif supérieur (avec un pouvoir d'examen limité en ce qui concerne l'appréciation des faits (84)). Toutefois, dans certains domaines (assez nombreux), le législateur a exclu l'accès au Tribunal fédéral, conférant ainsi aux jugements du Tribunal administratif un caractère définitif (85).

(78) Voir A. KLEY, précité (note 61), ad art. 29a, n° 19, p. 610.

(79) Article 191a de la Constitution fédérale.

(80) A. BENOT, précitée (note 54), p. 169-170.

(81) *Ibidem*.

(82) Selon la loi, le Tribunal administratif fédéral a même le pouvoir de contrôler l'opportunité ou l'inopportunité de la décision attaquée (en vertu de l'art. 49 de la loi fédérale sur la procédure administrative, disposition à laquelle renvoie l'art. 37 LTAF), ce qui constitue plutôt une singularité (critiquée par la doctrine).

(83) Voir les articles 28 et ss LTAF. Pour plus de détails, cf. ANNE BENOT, précitée (note 4), pp. 179-180.

(84) Selon les articles 97 et 105 LTF, le Tribunal fédéral ne revoit les faits que s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit, c'est-à-dire de manière arbitraire.

(85) Voir la liste des exceptions à l'accès au Tribunal fédéral de l'article 83 LTF, liste longue de près d'une trentaine de cas, parmi lesquels figurent des domaines relevant du contentieux de masse (domaine du droit d'asile et du droit des étrangers), mais aussi des domaines relativement « techniques » ou supposant une forte appréciation.

2) La concrétisation des exceptions

Une première exception, importante, au droit d'accès au juge résulte, en droit fédéral, de la Constitution elle-même, laquelle prévoit, à son article 189, 4^e alinéa, que « [l]es actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral. Les exceptions sont déterminées par la loi ». Cette disposition exclut ainsi, à moins que la loi n'en dispose autrement, tout recours au Tribunal fédéral, donc tout accès au juge, contre les décisions et autres actes du Gouvernement fédéral et du Parlement fédéral (86). L'idée du constituant était ici que les actes de ces deux autorités sont des actes essentiellement « politiques », qui ne doivent pas pouvoir être portés devant le juge, sous réserve d'exceptions qu'il appartiendrait à la loi de déterminer (87). Ces exceptions visent notamment les hypothèses où le droit international – l'article 6 CEDH – exige un droit d'accès au juge (88).

S'agissant, toujours en droit fédéral, de la concrétisation des autres exceptions au droit d'accès au juge, le législateur a introduit dans la loi sur le Tribunal fédéral administratif quelques restrictions d'accès, en énumérant, à l'article 32 de cette loi, un certain nombre de domaines dans lesquels le recours au Tribunal administratif fédéral est irrecevable. Tel est notamment le cas des décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité, la protection diplomatique et les autres affaires relevant des relations extérieures, à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal (let. a), des décisions concernant le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et les votations populaires (let. b), des décisions relatives à la composante « prestation » du salaire du personnel de la Confédération, dans la mesure où elles ne concernent pas l'égalité des sexes (let. c), de l'autorisation de créer et de gérer une haute école spécialisée (let. d), de certaines décisions dans le domaine de l'énergie nucléaire (let. e), des décisions relatives à l'octroi, la modification ou le renouvellement de concessions d'infrastructures ferroviaires (let. f), des décisions rendues par l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (let. g) et des décisions relatives à l'octroi de concessions pour des maisons de jeu (let. h).

(86) Pour plus de détails sur cette exception, et les exceptions à l'exception que la loi prévoit, voir notamment P. MAHON, précité (note 55), ad art. 29a, n° 6 *in fine*, p. 277, ainsi qu'ad art. 189, n° 22 à 26, pp. 1448-1450 ; A. BENORT, précitée (note 54), pp. 173-174.

(87) Sur l'article 189 de la Constitution, voir notamment ATF 129 II 193, 203-205, *H. gegen Schweizerischen Bundesrat*, du 21 février 2003.

(88) Cf. P. MAHON, précité (note 55), ad art. 189, n° 26, p. 1449, avec références aux travaux préparatoires ; A. BENORT, précitée (note 54), pp. 173-174.

Il faut cependant, parmi ces exceptions, distinguer deux catégories.

Dans certaines hypothèses, la voie du recours au Tribunal administratif est fermée et celle du recours au Tribunal fédéral l'est également. Il s'agit alors d'une véritable exclusion de tout accès au juge, les décisions des autorités administratives (supérieures) étant définitives. Tel est le cas, par exemple, des décisions relatives à l'octroi de concessions pour les maisons de jeu (89), ainsi que des décisions qui concernent la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité et les relations extérieures (90). Le législateur a ainsi, pour ce genre de décisions jugées « politiques », ou comme relevant des « actes de gouvernement », exclu tout recours au juge en se fondant sur la possibilité que lui donne à cet égard la seconde phrase de l'article 29a de la Constitution. Toutefois, dans certains cas, il a, conformément à ce qu'exige le droit international, prévu la possibilité de rétablir l'accès au juge lorsque le droit international, précisément, l'exige. Ainsi les articles 32, lettre a, LTAF et 83, lettre a, LTF, qui excluent en principe, comme on vient de le voir, l'accès au juge pour les décisions en matière sûreté intérieure ou extérieure du pays, de neutralité ou de relations extérieures, précisent tous deux que cette exclusion s'applique « à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal ».

Dans d'autres hypothèses – et c'est le second cas de figure –, la voie du recours au Tribunal administratif est certes fermée, mais il existe un recours auprès du Tribunal fédéral (autrement dit, dans ces cas, le législateur a choisi de permettre le recours directement au Tribunal fédéral, sans passer par l'autorité judiciaire de première instance). Tel est le cas, par exemple, des décisions concernant le droit de vote ainsi que les élections et votations (91), des décisions relatives

(89) Pour lesquelles l'article 32, lettre h, LTAF exclut le recours au Tribunal administratif fédéral, le recours au Tribunal fédéral étant pour sa part exclu en vertu de l'article 86 LTF, selon lequel le recours n'est pas ouvert contre les décisions du Conseil fédéral, en lien avec l'article 16 de la loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu, du 18 décembre 1998 (LMJ, RS 935.52), qui prévoit que « [l]e Conseil fédéral statue sur l'octroi de la concession ; sa décision ne peut faire l'objet d'aucun recours ». Le législateur a estimé que cette exception au droit d'accès au juge au sens de la seconde phrase de l'article 29a de la Constitution se justifiait au motif que les « décisions relatives [...] à l'octroi de concessions pour des maisons de jeu sont des décisions de nature surtout politique qui ne sauraient être examinées par un juge » : cf. A. BENOÎT, précitée (note 54), p. 182, qui cite le message du Conseil fédéral et relève que le législateur a donc eu, sur ce point, « une interprétation plutôt large des exceptions possibles à l'art. 29a Cst. ».

(90) Pour lesquelles l'article 32, lettre a, LTAF exclut le recours au Tribunal administratif fédéral et l'article 83, lettre a, LTF exclut le recours au Tribunal fédéral.

(91) Pour lesquelles l'article 32, lettre b, LTAF exclut le recours au Tribunal administratif fédéral, alors que l'article 82, lettre c, LTF admet le recours au Tribunal fédéral, sans que l'article 83 LTF ne prévoie d'exception.

à une autorisation générale en matière d'installation nucléaire (92), ou encore des décisions en matière de radio et télévision (93). Dans ce cas, il y a tout de même une exception, partielle, au droit d'accès au juge au sens de la garantie constitutionnelle de l'article 29a, dans la mesure où le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral est restreint s'agissant de l'appréciation des faits.

En droit fédéral, du fait de l'article 190 de la Constitution fédérale, qui exclut le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales – exclusion connue sous l'expression « immunité des lois fédérales » – il n'est pas possible pour le Tribunal fédéral (ni pour aucune autre autorité) de contrôler si les exceptions au droit d'accès au juge décidées par le législateur fédéral sont conformes à la Constitution ou non.

Il n'en demeure pas moins que l'entrée en vigueur de la nouvelle garantie du droit d'accès au juge de l'article 29a de la Constitution a eu dans la jurisprudence quelques effets qui méritent d'être relevés. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé, de manière assez audacieuse, que le nouvel article 29a de la Constitution implique – même en l'absence de disposition légale le prévoyant – un droit à l'existence d'un contrôle, par le juge, de la régularité d'une votation populaire fédérale (94). Il a de même, dans deux arrêts du 20 décembre 2011, accepté d'entrer en matière sur un recours dirigé contre la validation du résultat d'une telle votation populaire, qui plus est d'une votation ayant eu lieu plusieurs années plus tôt, la votation du 24 février 2008 relative à la réforme de la fiscalité des entreprises (95). Estimant que la loi fédérale sur les droits politiques, dont le texte ne prévoit pas une telle possibilité de contrôle, présente à cet égard une lacune manifeste, le Tribunal fédéral a admis qu'un tel droit de faire contrôler la régularité d'une votation populaire découle directement de la Constitution fédérale (art. 29 et 29a), notamment lorsque le scrutin peut avoir été massivement influencé par une information objectivement fautive donnée aux citoyennes et citoyens par les autorités fédérales, spécialement

(92) Comparer les articles 32, lettre e, LTAF et 83, lettre n, LTF.

(93) Comparer les articles 32, lettre g, LTAF et 83, lettre p, LTF.

(94) ATF 136 II 132, 140, *Güntert, Sorg und Besson gegen Regierungsrat des Kantons Zürich*, du 1^{er} octobre 2009, où le Tribunal fédéral précise même qu'une exception sous forme d'une exclusion légale au sens de l'article 29a, seconde phrase, n'existe pas et serait constitutionnellement inadmissible.

(95) Arrêts du Tribunal fédéral 1C_176/2011, *Margret Kiener Nellen gegen Regierungsrat des Kantons Bern*, et 1C_182/2011, *Daniel Jositsch gegen Regierungsrat des Kantons Zürich*, tous deux du 20 décembre 2011.

par le Gouvernement (96). Il s'agit là, selon le Tribunal fédéral, de contestations justiciables, dont le traitement est régi par des considérations juridiques, avant tout constitutionnelles, et dont le jugement appartient donc en dernière instance aux autorités judiciaires et relève de la compétence du Tribunal fédéral (97). Même s'il admet que le bulletin d'informations distribué par le Gouvernement fédéral aux citoyennes et citoyens avant la votation ainsi que le message du même Gouvernement au Parlement – actes qui contenaient en l'occurrence les informations erronées – constituent des actes de gouvernement, en tant que tels non justiciables et non attaquables devant le Tribunal fédéral (en vertu des art. 29a et 189, 4^e alinéa, de la Constitution) (98), celui-ci juge néanmoins qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le recours (99).

Dans un tout autre domaine, celui du droit de la fonction publique fédérale, le Tribunal administratif fédéral a pour sa part lui aussi accepté, également en se fondant sur le nouvel article 29a de la Constitution, d'entrer en matière sur un recours dirigé contre un refus d'embauche (100), alors même que le droit fédéral applicable prévoit que les procédures relatives à la création initiale des rapports de service du personnel fédéral – ainsi qu'aux promotions et aux ordres de service – ne relèvent pas des règles ordinaires de la procédure administrative, c'est-à-dire ne font pas l'objet de décisions susceptibles de recours (101).

(96) Arrêts précités, spécialement considérant 4.3. En l'occurrence, la réforme proposée par les autorités fédérales avait été acceptée de justesse, en référendum, par environ 938 000 oui contre 918 000 non et l'information erronée portait sur l'importance du manque à gagner que cette réforme pourrait induire pour le fisc fédéral et celui des cantons, manque à gagner qui s'est avéré en 2011 très largement supérieur à celui que le Conseil fédéral avait annoncé, en ne fournissant qu'une information jugée incomplète.

(97) Arrêts précités, considérant 4.4 : « Es handelt sich um justiziable Streitigkeiten, deren Behandlung sich nach rechtlichen, vorab verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten richtet. Ihre Beurteilung kommt nach der genannten verfassungsrechtlichen Konzeption letztinstanzlich den Justizbehörden zu und fällt in den Zuständigkeitsbereich des Bundesgerichts ».

(98) Arrêts précités, considérant 7.

(99) Sur le fond, le Tribunal fédéral rejette toutefois le recours, non sans critiquer assez vivement l'attitude du Conseil fédéral en matière d'information aux citoyennes et citoyens (consid. 8.1 à 8.6), jugeant que les principes de la sécurité du droit et de la bonne foi s'opposent à l'annulation de la votation et de la réforme de la fiscalité des entreprises, qui est déjà en vigueur depuis plusieurs années (consid. 8.7).

(100) ATAF 2010/53, p. 763, A. contre Conseil fédéral, du 12 octobre 2010, consid. 4 à 7 (772-781).

(101) Article 3, let. b, de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), du 20 décembre 1968, RS 172.021.

B) La concrétisation de la garantie en droit cantonal

1) La concrétisation de la garantie et de ses exceptions par le législateur

Au plan cantonal, ce sont les législateurs cantonaux qui ont dû concrétiser à la fois la garantie d'accès au juge et ses limites, à travers la définition des exceptions.

Dans le cadre de la loi sur le Tribunal fédéral, le législateur fédéral leur a toutefois imposé un certain nombre d'exigences pour tous les cas où le recours au Tribunal fédéral est ouvert, exigences portant notamment sur la mise en place d'autorités *judiciaires* supérieures, précédant le recours au Tribunal fédéral, de manière à permettre à la fois de garantir le droit au juge tout en déchargeant le Tribunal fédéral, évitant notamment à celui-ci de revoir l'appréciation des faits. Le législateur fédéral a en outre fixé aux cantons des délais stricts en vue de la mise en place de ces institutions, en particulier un délai de deux ans dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2009, pour instituer les autorités nécessaires à assurer le respect de la garantie d'accès au juge introduite par l'article 29a de la Constitution fédérale (102).

Sur le fond, le législateur fédéral a donc, pour tous les cas où le recours au Tribunal fédéral est ouvert, obligé les cantons à instituer « des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral » (103), assurant ainsi que la garantie d'accès au juge serait mise en œuvre également dans le domaine de l'application du droit administratif cantonal (104). Le législateur fédéral a cependant autorisé les cantons à instituer, comme autorité précédente, une autorité *autre* qu'un tribunal « pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant » (105). L'idée était donc ici, encore une fois, de permettre aux cantons, en application de la seconde phrase de l'article 29a de la Constitution fédérale, d'introduire une exception à la garantie du droit d'accès au juge pour les décisions « essentiellement politiques ».

(102) Voir l'article 130 LTF.

(103) Voir l'article 86, 2^e alinéa, LTF, qui précise : « sauf dans les cas où une autre loi fédérale prévoit qu'une décision d'une autre autorité judiciaire peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral ». La même règle est applicable dans les domaines de la juridiction civile et de la juridiction pénale (art. 75, 2^e alinéa, et 80, 2^e alinéa, LTF).

(104) Cf. A. BENOIT, précitée (note 54), p. 183.

(105) Voir l'article 86, 3^e alinéa, LTF : « Pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant, les cantons peuvent instituer une autorité autre qu'un tribunal ».

Le message explicatif du Gouvernement fédéral donnait à cet égard, comme illustration de ce genre de décisions « à caractère politique prépondérant », l'exemple du plan directeur cantonal en matière d'aménagement du territoire (106). La doctrine y ajoutait et y ajoute pour sa part les cas des décisions d'octroi ou de refus de la grâce, voire de la naturalisation (107). Comme on le verra, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser ce qu'il faut entendre par « décisions revêtant un caractère politique prépondérant » (voir ci-dessous, ch. 2).

Par ailleurs, l'obligation de prévoir un recours devant une autorité judiciaire ne s'étend pas non plus aux violations des droits politiques des citoyens. L'article 88 al. 2 LTF oblige certes les cantons à prévoir une voie de recours contre tout acte d'autorité qui est susceptible de violer les droits politiques cantonaux des citoyens – obligation qui ne s'étend toutefois pas aux actes du Parlement et du Gouvernement –, mais cette disposition n'impose pas elle-même une voie de recours judiciaire, laissant aux cantons le soin de déterminer s'il y a là possibilité d'une exception à la garantie du droit d'accès au juge (108). Là encore, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de trancher la question (voir ci-dessous, ch. 2).

Les cantons doivent aussi – mais sans que le législateur fédéral ne leur impose de règle à cet égard – veiller au respect de l'article 29a de la Constitution fédérale dans l'aménagement des voies de recours cantonales dans les domaines où le recours au Tribunal fédéral n'est pas ouvert (notamment dans les hypothèses où l'article 83 LTF exclut ce recours). C'est alors à eux d'apprécier, au regard de l'article 29a de la Constitution, s'il y a lieu de garantir un « droit au juge » ou s'il est possible et admissible de prévoir une exception.

2) *Le contrôle du Tribunal fédéral et la délimitation des litiges « justiciables » et « non justiciables »*

Toutefois, à la différence du niveau fédéral, où l'article 190 de la Constitution fédérale exclut le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, la conformité de cette concrétisation du droit d'accès au juge et, surtout, de ses exceptions par le législateur cantonal peut

(106) Voir le message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, précité (note 63), spécialement pp. 4027, 4124 et 4302. Cf. aussi P. MAHON, précité (note 55), ad art. 29a, n° 6, p. 277 ; A. BENOIT, précitée (note 54), p. 183.

(107) Cf. aussi A. BENOIT, précitée (note 54), p. 183.

(108) Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, précité (note 63), spécialement pp. 4027 et 4124. Cf. aussi A. BENOIT, précitée (note 54), p. 183.

être revue par le Tribunal fédéral, dans sa fonction de juge constitutionnel, que ce soit à l'occasion du contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes auquel est assujettie toute loi cantonale, ou à l'occasion d'un contrôle concret de ces mêmes lois, dans un cas d'application dans lequel un justiciable se plaindrait d'une violation de son « droit au juge » (109). Le Tribunal fédéral a donc toujours la compétence et le pouvoir de contrôler, sur recours, que la condition du caractère « politique prépondérant » est bel et bien réalisée, c'est-à-dire d'assurer le respect de l'article 29a de la Constitution (110).

Il est dès lors possible d'examiner, dans le contexte de ce contrôle de constitutionnalité, comment la jurisprudence du Tribunal fédéral a pu, le cas échéant, délimiter quelque peu les contours du droit d'accès au juge et de ses exceptions au sens du nouvel article 29a de la Constitution fédérale.

Le Tribunal fédéral a ainsi précisé, tout d'abord, en se fondant sur l'article 29a de la Constitution, que l'autorité supérieure que les cantons doivent instituer en matière de droits politiques cantonaux, au sens de l'article 88, 2^e alinéa, LTF, doit être une autorité judiciaire ; cela vaut aussi pour les litiges portant sur les droits politiques communaux (111).

Il a en outre en l'occasion de se prononcer, à diverses reprises, sur la notion de « décisions revêtant un caractère politique prépondérant », décisions pour lesquelles le législateur fédéral a, en application de la seconde phrase de l'article 29a, autorisé les cantons à instituer des autorités de recours non judiciaires et, donc, à exclure le droit d'accès au juge. Le Tribunal fédéral a ainsi clairement nié le « caractère politique prépondérant » d'une décision concernant la détention en vue de l'expulsion (112) et de la décision de retrait du permis de

(109) Du point de vue procédural, l'invocation de la violation du « droit au juge », c'est-à-dire la violation de l'article 29a de la Constitution fédérale, sera portée au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public s'agissant du contrôle abstrait des lois cantonales (art. 82, lettre b, LTF). S'agissant en revanche du contrôle concret, dans un cas d'application, le grief de la violation du « droit au juge » sera invoqué dans un recours « ordinaire » en matière de droit public lorsque cette voie de recours est ouverte (en vertu des articles 82, lettre a, et 83 LTF), ou par la voie du recours « extraordinaire » appelé *recours constitutionnel subsidiaire* (art. 113 LTF) lorsque la voie du recours « ordinaire » n'est pas ouverte (parce qu'exclue par exemple par l'art. 83 LTF).

(110) P. MAHON, précité (note 55), ad art. 29a, n° 6, p. 277.

(111) ATF 134 I 199, *Scherr und Mitb. gegen Stadt Zürich und Bezirksrat Zürich*, du 17 mars 2008. En l'occurrence, la voie de recours indiquée dans la décision attaquée ne portant pas à une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral a admis le recours et renvoyé la cause au Tribunal administratif cantonal.

(112) ATF 135 II 94, 97, *X. gegen Migrationsdienst des Kantons Bern*, du 5 février 2009.

circulation (113). Il a par contre admis que revêtait un « caractère politique prépondérant » la décision d'un Gouvernement cantonal refusant l'autorisation d'ouvrir une enquête pénale à l'encontre d'un juge (114). Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que « [l]es cas exceptionnels visés par l'art. 29a deuxième phrase Cst. concernent les décisions difficilement "justiciables", par exemple des actes gouvernementaux qui soulèvent essentiellement des questions politiques, lesquelles ne se prêtent pas au contrôle du juge » (115).

Le Tribunal fédéral s'est exprimé un peu plus longuement sur la question dans un arrêt récent concernant la décision d'un Gouvernement cantonal qui refusait d'accorder à une fondation une exonération des droits d'enregistrement et de succession (116). Il a rappelé tout d'abord, en remontant aux travaux préparatoires, que lorsqu'il avait proposé cette exception, « le Conseil fédéral [n'avait] pas précisé ce qu'il entendait par "décision revêtant un caractère public prépondérant", mais [avait] souligné l'aspect exceptionnel de la dérogation au contrôle juridictionnel cantonal des actes de cette nature », ayant notamment mentionné, à titre d'exemple, l'adoption d'un plan directeur cantonal (117). Le tribunal précise en outre que selon la doctrine, l'accès au juge découlant de l'article 29a ne doit être exclu que de manière exceptionnelle et ne peut dès lors être exclu que si l'aspect politique « prévaut sans discussion », la « vérification par le juge ne [devant] pas apparaître admissible ». Il ajoute que « [l]e fait que la décision émane d'une autorité politique est un indice de son caractère politique, mais n'est pas toujours déterminant. Ainsi, il n'y a pas décision à caractère politique prépondérant lorsque le gouvernement rend une décision qui porte une atteinte individuelle à des droits privés [...]. Certains auteurs considèrent que, lorsque des intérêts particuliers sont touchés, l'accès au juge n'est exclu que si les considérations politiques l'emportent clairement [...]. À titre d'exemples de décisions à caractère politique prépondérant, les plans directeurs cantonaux et la grâce sont régulièrement mentionnés [...], alors que le caractère politique prépondérant des décisions concernant

(113) Arrêt non publié 1C_346/2009, *X. gegen Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt des Kantons St. Gallen*, du 6 novembre 2009, consid. 4.1.

(114) ATF 135 I 113, 116, *A.X. und Y. gegen Z. und Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, du 6 février 2009. Le Tribunal fédéral a estimé que l'acte en question échappait aux critères relevant purement du droit pénal.

(115) ATF 134 V 443, 446, *T. B. et G. contre Fédération des médecins suisses (FMH)*, du 20 octobre 2008.

(116) ATF 136 I 42, 45, *Fondation A.X. contre Conseiller d'État, Chef du Département des finances du canton de Genève*, du 14 décembre 2009.

(117) ATF 136 I 42, 45, précité (note précédente).

la remise ou l'ajournement d'impôts est exclu [...] » (118). Et le Tribunal fédéral de conclure : « L'interprétation restrictive de l'exception figurant à l'art. 86 al. 3 LTF, qui ressort tant des travaux préparatoires que de la doctrine, doit être privilégiée. En effet, l'accès au juge étant garanti par la Constitution (art. 29a), il convient d'interpréter l'art. 86 al. 3 LTF, qui déroge à cette garantie, de manière stricte. Le texte de l'art. 86 al. 3 LTF, par l'exigence du caractère politique "prépondérant" ("vorwiegend"; "prevalentement"), indique du reste que seules les situations revêtant à l'évidence un caractère politique sont visées. Il ne suffit donc pas que la cause ait une connotation politique, encore faut-il que celle-ci s'impose de manière indubitable et relègue à l'arrière-plan les éventuels intérêts privés en jeu » (119). En l'occurrence, la décision du Conseil d'État (120) genevois refusant d'exonérer une fondation des droits d'enregistrement et de succession consécutifs à une donation n'a à l'évidence pas un « caractère politique prépondérant » (121).

Enfin, dans un autre arrêt récent, non publié, le Tribunal fédéral a jugé que la « décision [...] relative au refus de la [Délégation du Conseil d'État aux ressources humaines] d'autoriser la production de certaines pièces relatives au processus d'élaboration de la nouvelle politique salariale de l'État de Vaud a certes une composante politique, mais elle consiste également en un acte individuel et concret qui nécessite l'octroi d'une protection juridique dès lors qu'il est susceptible de violer le droit d'être entendu du recourant dans la procédure devant le [Tribunal de Prud'hommes de l'Administration cantonale vaudoise]. Par conséquent, on ne se trouve pas, a priori tout au moins, dans une situation où l'intérêt politique serait prépondérant, de sorte que l'exception de l'art. 86 al. 3 LTF n'est pas réalisée » (122).

Si la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral depuis l'entrée en vigueur de l'article 29a de la Constitution est encore rare, la diversité des cas sur lesquels elle porte témoigne de ce que la disposition constitutionnelle pourrait, à terme, avoir des effets assez importants en termes d'élargissement du droit d'accès au juge.

(118) ATF 136 I 42, 46, précité (note 116).

(119) *Ibidem*.

(120) Le Conseil d'État est le Gouvernement cantonal.

(121) ATF 136 I 42, 46-47. Le Tribunal fédéral a donc déclaré irrecevable le recours dirigé contre la décision du Conseil d'État genevois et renvoyé la cause au Tribunal administratif cantonal comme objet de sa compétence.

(122) Arrêt non publié 8C_113/2011, *P. contre État de Vaud, agissant par la Délégation du Conseil d'État du Canton de Vaud aux ressources humaines*, du 16 mars 2011, consid. 3.2 et 3.3.



CONCLUSIONS

On peut donc constater, pour conclure, que la constitutionnalisation récente d'une nouvelle garantie d'« accès au juge », en tant que droit fondamental des particuliers, a déjà eu et pourrait encore avoir, en droit suisse, quelques effets non négligeables. Des effets qui sont toutefois aussi ambivalents. D'un côté, ce nouveau « droit au juge » a indiscutablement déjà eu un impact en termes d'ouverture de l'accès au juge, par l'élargissement, à travers une jurisprudence parfois assez audacieuse, mais encore « en formation », des matières désormais considérées comme « justiciables ». L'évolution ultérieure dira si cette ouverture se confirme et se poursuit, exploitant tout le potentiel d'ouverture qui semble exister.

D'autre part, ce nouveau droit d'accès, concrétisé par la création et la généralisation, tant au niveau fédéral qu'au plan cantonal, de la juridiction administrative d'instance inférieure au Tribunal fédéral, a permis de décharger ce dernier en garantissant un droit au juge précédent le Tribunal fédéral. Dans ce sens, cette constitutionnalisation a parfois eu pour effet – lorsque le recours au Tribunal fédéral a été « fermé » du fait de l'introduction d'un juge administratif d'instance inférieure – de faire perdre au justiciable le bénéfice du droit au juge supérieur. Dans ce sens, la reconnaissance d'un nouveau droit constitutionnel a plutôt eu pour effet de réduire l'accès au juge, du moins au juge suprême.

*Access to Justice: An Overview of the Doctrines
of Justiciability under the Constitution
of the United States*

ISAAK DORE, ST. LOUIS UNIVERSITY SCHOOL OF LAW

In the United States, the Constitution is the fundamental law governing the powers of all the three main branches of government: the legislative, the executive and the judicial branches. (123) There is what may be called the horizontal separation of powers between these three branches of the federal government. (124) There is also a vertical separa-

(123) U.S. CONST. art. I, II, III.

(124) JOHN V. ORTH, *Separation of Powers: An Old Doctrine Triggers a New Crisis*, 5 N.C. INSIGHT 36, 36 (1982) ("This separation of powers took two forms: a 'vertical' separation between the federal and state levels of government, and a 'horizontal' separation on both the state and federal levels among the legislative, executive, and judicial branches.")